SU DI ALCUNE

QUISTIONI TRANSITORIE

DI

PROCEDURA CIVILE

DISSERTAZIONE

DELL' AVVOCATO

PASQUALE BORRELLI

IN NAPOLI

DALLA TIPOGRAFIA DI PORCELLI

Strada Mannesi num. 46.

1844.

INDICE

*

QUADRO

Delle quistioni a risolvere.

Le quistioni transitorie, alle quali ò deliberato di dedicar questi fogli, possono venir comprese ne' termini seguenti.

I. Quali sono i requisiti, i quali ànno a concorrere, perchè una sentenza emanata dal sacro regio consiglio possa dirsi fornita di legale esistenza? Basta forse a tal uopo che sia stata scritta, come allora diceasi, *in foliis albis* del processo dal commessario della causa, che su di essa siasi tassato il diritto del fisco, e che sia stata trascritta nel libro delle sentenze?

II. Qual metodo dee tenersi, perchè una sentenza di tal fatta acquisti sotto la nuova procedura una forma legale? E basta forse che il presidente del tribunale civile avendone prescritta la redazione nelle forme del nuovo rito con la inserzione della sua ordinanza; siasi nella spedizione e questa inserita, e munita la sentenza della intestazione e del comandamento

che sono ordinati dall' articolo 239 delle leggi di procedura?

III. Colui che à appellato di una sentenza redatta nella forma testè espressa, può oltre impugnare la legale esistenza della sentenza medesima?

IV. Una gran corte civile che dichiara perento un simile appello, può ella innoltre dichiarare, che la sentenza è trascorsa in cosa giudicata, e prescriverne l' esecuzione?

CAPITOLO I.

SU' REQUISITI DELLA ESISTENZA LEGALE DI UNA SENTENZA DEL S. R. C.

§. 1.

Formalità essenziale; annotazione ne' fogli bianchi del processo.

Re Ferdinando I d'Aragona aveva ordinato, che alle deliberazioni del consiglio intervenisse il segretario; e che scrivesse i loro voti, la lor conclusione, i lor nomi e la data, sotto cui pronunziavano (1).

Stando al governo del regno il vicerè duca di Alcalà; fu questa disposizione alterata. Poichè l' incarico che Ferdinando I aveva ingiunto al segretario, fu trasferito all' ultimo de' consiglieri (2).

Ma nel 30 aprile del 1655, essendo vicerè il conte di Castrillo, re Filippo di Spagna pubblicò altra prammatica, il cui artic. 8.° fu di questo tenore. » Succedendo il caso che vada il sacro con» siglio, la camera, o alcuno de' ministri del detto » tribunale, e facendosi decreto o sentenza a rap-

(1) Pragmat. XIII. de officio sacri regii consilii, *pag. 278. tom. 3. Neapoli 772.*

(2) Ibidem num. 9.

» porto di alcun di loro, si osserverà la consue-
» tudine, che le sentenze o decreti si scrivono su'l
» processo dal presidente o dal consigliere, chiun-
» que ei sia, il quale avrà riferito l' affare nella
» forma ch' è in uso da che sono stati eretti i tri-
» bunali per antico stile, tolto il nuovo abuso,
» con cui il segretario del regno à preteso d' in-
» novarla, di prendersi i processi per iscrivere su
» di essi e formar le sentenze, e conformemente
» ad una consulta fatta in tempo del duca di Alba,
» il quale riferì, essersi sempre costumato che i
» voti fatti su' detti processi da' tribunali o mini-
» stri del collaterale erano scritti dal commessa-
» rio della causa: nè il segretario del regno te-
» neva altra facoltà od obbligo che di notare nel
» suo libretto ciò che occorreva e riconosceva (3) «.

Ciò che occorreva e riconosceva, erano i nomi de' litiganti, le date delle sentenze, i nomi de' consiglieri che avevan giudicato, e simili. Il libretto, in cui queste cose venivan registrate o da lui, o da chi ne faceva le veci, era quello che comunemente diceasi *libro di ruota*.

Per esempio, in uno de' processi, i quali vennero spediti nell' ultimo anno della vita del consiglio, si legge il seguente.

(3) Pragmat. 89 de officio sacri regii consilii num. 8. pag. 331. in f.

Die nona mensis januarii 1808 , in causa domini Vincenti Prigisano cum fratribus Cervone.

Sacrum consilium declarat, quod condamnentur fratres Cervone ad relaxandum in beneficium fratruum Prigisano fundum in actis deductum, una cum fructibus a die litis contestatae, liquidandis judicio peritorum localium, comprehensa mercede non soluta. Nil in expensis.

Tutto questo decreto , compresa la data , è di mano del commessario consigliere Parisi : e nel libro della ruota vedesi scritto che nel 3 gennajo 1808 fu decisa la causa tra Prigisano e Cervone , presenti i consiglieri Gorgoglione, Parisi commessario, Abamonte, Potenza e Starace.

La prammatica di re Filippo ci lascia arguire, che questo modo di far costare le decisioni del consiglio essendo coevo alla instituzion del tribunale; tutto ciò che Ferdinando I ed il duca di Alcalà avean disposto in contrario , era stato un' innovazione che fu quindi abolita. Nè mai più venne restaurata ne' tempi posteriori.

Intanto il decreto che il commessario scriveva ne' fogli bianchi del processo , era quello che l'antico foro chiamava *in foliis albis*: ed era essenziale per modo , che dove per avventura mancasse, non costava legalmente la decision del sacro consiglio. Non può dirsi altrettanto delle altre formalità, di cui passo a discorrere.

§. 2.

Che fosse il lecta lata, *e se costituisse una formalità sostanziale.*

In una prammatica di Ferdinando I si trova prescritto che le sentenze e decreti del sacro regio consiglio debbano pronunziarsi nel nome del re e leggersi dal mastro d'atti (4).

Ma con disposizioni posteriori venne dichiarato che » i decreti del sacro consiglio non abbisognavano di promulgazione : ma fatto appena il decreto, il quale debbe esser segnato di mano del relatore o commessario , s' intimi alle parti , e se ne dia copia , perchè il corso delle cause non venga impedito (5) «.

Nel 23 novembre 1534 , quando era vicerè di Napoli D. Pietro di Toledo, l'imperador Carlo V aggiunse questa disposizione. » Vi diciamo ed ordiniamo , che in tutte le cause che in cotesto tribunale occorrono ed occorreranno , votate che saranno un dì , l' altro dì seguente le dobbiate *sentenziare* senza dilazione , nè intervallo. Quando il dì seguente (aggiunge la prammatica) fosse

(4) Pragmat. 6 de officio sacri regii consilii pag. 274. tom. 3.

(5) Nella seguela della prammat. 13 *de officio sacri regii consilii* num. 8. pag. 278. tomo 3.

» feriato, lo riserverete per lo primo di negozii «. Nel sommario marginale della prammatica la parola *sentenziare* è tradotta per promulgare (6).

Malgrado queste disposizioni che sembran tanto positive, la formalità della promulgazione non venne mai creduta di tanta importanza, che dove mancasse, rendesse nullo il decreto. Si crede' anzi di adempirla, quando il mastro d'atti a pie' della sentenza notasse *lecta lata*. Ma che nè pure questa clausola fosse sostanziale al valor del decreto, può rilevarsi da un regolamento del presidente del consiglio Andrea Marchesi. Ivi è detto sotto il num. 4 che » i suddetti mastri d' atti debbano immanti-
» nente far soscrivere le sentenze da'signori com-
» messarii, e debbano annotarvi *lecta lata*, tut-
» tochè non sia loro per anche pagato il diritto
» delle sentenze, per lo quale rimangono lor salve
» le ragioni: e ciò sotto pena di duc. 24, che il
» contravventore dovrà irremisibilmente pagare,
» ed altre riservate allo spettabile presidente (7) «. Allora quando la legge si limita a punire il pubblico ufiziale; niuno à l' autorità di aggiungervi l'annullamento dell'atto. Perciocchè è di principio che le disposizioni penali debbano essere ritenute

(6) *Ibidem* pag. 279.

(7) Pragmat. 86 de *officio sacri regii consilii* num. 4. pag. 323. tomo 3.

ne' proprii lor limiti, anzi che essere estese (8).

Di tutta questa giureprudenza assai bene il Rapolla sviluppa il principio. Egli avverte che per dritto romano, dappoi che era scritta la sentenza, il giudice era tenuto a leggerla alle parti contendenti » Ma i magistrati detti *illustri* potean recitar le sentenze per mezzo de' loro ufiziali alle » parti. Essendo adunque il sacro consiglio un » tribunale eminente; non evvi alcuna necessità di » leggere le sue sentenze diffinitive: ma tale ufizio » è lasciato a' soli mastri d'atti, secondo la prammatica 6.ª *de officio* s. r. c. Il che non si fa » in ogni causa; ma per consuetudine, quando » sovrastano le ferie estive, quelle di natale e di » pasqua, leggonsi pubblicamente le sentenze proffferite nel tempo antecedente, e ciò *per mera solennità:* poichè nè tutte si leggono, nè avanti alle » parti. Adunque, perchè si noti che la sentenza » è stata letta, si aggiungon quelle parole: *lecta* » *lata*, le quali significano, che pronunziata appena la sentenza, àssi per letta. *Ma son queste nude formole che non ànno quasi alcun effetto* (9) «.

(8) Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam exasperandae. *L.* 42. *ff. de poenis.*

In poenalibus causis benignius interpretandum est. *L.*55. §. *ult. ff .te reg. jur.*

(9) Commentaria de jure regni Neapolit. part. 1. lib. 3. cap. 5. num. 6. vol. 1. pag. 333. Neap. 1770.

§. 3.

Se la registratura del decreto o sentenza fosse necessaria a dargli forza.

Nella prammatica del 31 maggio 1616 pubblicata dal vicerè conte di Lemos, sotto il num. 79 è la disposizione seguente » Nel sacro consiglio » comandiamo che si registrino tutte le sentenze » diffinitive civili dal segretario di detto tribuna- » le, e così anche dal medesimo tutte le plegge- » rie civili e criminali che si daranno nelle cause » vertenti in detto sacro consiglio, tenendo ob- » bligo i mastri d'atti di darne notizia al detto se- » gretario, sotto pena di sospensione a nostro ar- » bitrio, oltre di esser tenuti *ad interesse* alle » parti (10) «.

Nel 3 aprile 1653 il presidente del sacro consiglio marchese di Toralba D. Benedetto Trelles die' fuori un regolamento: e nell' articolo 7.° dispose in questi termini » I predetti mastri d'atti sien » tenuti a trasmettere così le sentenze del sacro » consiglio soscritte e notate, come tutte le mal- » leverie civili e criminali al magnifico segretario » del sacro consiglio, in esecuzione della regia

(10) Pragmat. X. *de officio judicum* num 79. pag. 78 tom. 3.

» prammatica 10.ª *de officio judicum* §. 79 - Nè
» debbano consegnare alle parti la spedizione, se
» non dopo averla trasmessa al segretario per re-
» gistrarla - Poichè per esperienza si è visto, che
» alcune sentenze e malleverie si son trovate ne' fa-
» scicoli degli scrivani morti, ed altre lacerate e
» viziate e non registrate in pregiudizio delle parti:
» tutto ciò sotto pena di 30 ducati a carico del
» contravventore, oltre a quelle contenute nella
» regia prammatica, il che vale sì per lo passato,
» come per lo futuro, per esecuzione degli ordini
» di sua eccellenza e de' signori presidenti (11) «.

È notevole che in veruna di queste disposizioni si enuncia l'annullamento del decreto o sentenza del sacro consiglio: ma solamente al mastro d'atti si commina una pena - Poichè per altro poteva avvenire, che la disposizion del consiglio non confidata al registro venisse guasta per modo, da non poter essere riconosciuta, o da occasionar de' litigii alla parte vincente; era ben giusto che l'ufiziale pubblico, il quale avea dato luogo a sì fatto disordine, le fosse tenuto della riparazione de' danni ed interessi. Ma se la sentenza o il decreto ch'era stato già scritto di mano del commessario, si conservava per modo, da poterlo riconoscere nella sua interezza; niuno avrebbe sostenuto che per non

(11) Pragmat. 88 de officio sacri regii consilii num. 7. pag. 325. tomo 3.

essere stato registrato dovesse aversi per nullo - Poichè non vi era disposizione di legge, che prescrivesse tal pena: e ben era necessaria per distruggere un atto, che il solo carattere dell' autore addimostrava genuino.

§. 4.

Se per esser valido il decreto del sacro consiglio, aveva uopo d' intimazione.

Intimare una sentenza è comunicarla ad altrui ne' modi del rito. Or perchè ella sia comunicata è mestieri che esista: e però non solamente la sua esistenza non può mica dipendere dalla intimazione, ma è anzi necessaria a renderla possibile.

Supposto che una sentenza dopo essere stata pronunziata a pro di taluno, non fosse stata nè intimata, nè mandata ad effetto; tuttavia per dritto romano conservava la sua forza per lo spazio di 30 anni - Solamente al di là di questo lungo intervallo ne rimaneva spogliata per virtù della prescrizione: e più non si poteva eseguirla, se citato l' avversario, non veniva rinnovata (12). Il Voet

(12) Judicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet. *L. 6. §. ult. ff. de re judic.*

Hae autem actiones annis XXX continuis extinguuntur, quae perpetuae videbantur. *L. 3. cod. de praescript. XXX vel 40 annorum.*

ne insegna, che nell'uso di molti popoli il tempo di 30 anni era stato ristretto (13). Se poi fosse ritenuto dalla giureprudenza Napolitana, apparisce da' nostri pratici. » La forza esecutiva della sen» tenza (dice Giuseppe Sorge) secondo il dritto » comune, si prescrive in 30 anni: e che ciò sia » nella pratica del sacro regio consiglio, lo atte» sta in più decisioni l'Afflitto. Che specialmente » per dritto del regno la sentenza anche scorsa in » cosa giudicata non meriti esecuzione, il confer» ma il Carlevali con queste parole. *La forza » esecutiva delle sentenze non può durare in eter» no, quando anche le parole di essa enunciassero » la eternità - In fatti per lo diritto del regno di » Castiglia termina con lo spazio di 20 anni - Per » lo diritto poi del regno di Napoli, diritto in ciò » conforme al comune, termina con lo spazio di 30 » anni, come fu notato dall' Afflitto.* Lo stes» so insegnano il Tappia ec. (14) «. Or se una sentenza emanata dal sacro consiglio potea per 30 anni liberamente eseguirsi; aveva dunque in se stessa una forza indipendente da ogni atto successivo.

L'antica legislazione era per questa parte conforme all'attuale - Perciocchè ora una sentenza de-

(13) Voet ad pand. lib. 42. tit. 1. num. 47 in fine, tom. 6. pag. 27. Neapoli 1781.

(14) Sorge enucleat. jur. tom. 8. pag. 395.

bitamente emanata non produrrebbe che un' azione a farla eseguire: e quest'azione del pari che ogni altra personale o reale, a' termini dell' art. 2168 delle leggi civili, si prescriverebbe in 30 anni (15). Fino allo spirar di questo termine, una sentenza non intimata potrebbe adunque intimarsi e venire eseguita. Fino adunque a tal' epoca vi sarebbe una sentenza capace di effetto.

Ma il ragionamento è più forte, allorchè trattasi di una sentenza del sacro regio consiglio. Poichè » fra le prerogative di esso (scrive il Rapolla) si novera da'nostri, che le sue sentenze » si pronunziano nel nome del re, siccome chiaramente è disposto nella prammatica 6.ª *de officio sacri regii consilii*. Forse ciò piacque a re » Ferdinando, perchè l' autorità del sacro consi» glio non si allontanasse dalla sua instituzione » originaria, o sia da quella che era, quando v'in» terveniva il re stesso. E quindi io credo essere » avvenuto, che tali sentenze, dappoi che furono » emesse, non ànno uopo di esser notificate, sic» come per consuetudine del foro e per diritto or» dinario si pratica negli altri tribunali. Poichè » di quello che il principe decreta e stabilisce nel » suo consiglio privato a supplica delle parti, àn-

(15) Tutte le azioni tanto reali, quanto personali si prescrivono co 'l decorso di 30 anni.

» no elleno stesse il dover d'informarsi: nè suo-
» le il principe appalesare altrimenti la volontà
» sua (16) «.

Il Rapolla soggiunge, che » nondimeno, tra-
» scorsi alcuni giorni dalla emanazion della sen-
» tenza, si usa nel sacro consiglio di fare o agli
» stessi litiganti od a' lor proccuratori un precetto
» che volgarmente dicesi nel foro *mandato de pa-*
» *rendo*, quasi che per esso debbano i litiganti
» ubbidire a ciò che venne decretato nel consiglio
» del principe. La differenza è nella formola: poi-
» chè in realtà o dicasi *notifica*, o *mandato de pa-*
» *rendo*, egli è sempre lo stesso: giacchè a rescin-
» der la sentenza ànno sempre luogo gli stessi ri-
» medii di legge (17) «. Ciò non sembra molto esat-
to. Perciocchè la notifica è la comunicazione di una sentenza tal quale ella è: il mandato *de parendo* comprendea davvantaggio il precetto di ubbidirle. Per conseguenza il mandato conteneva un'intimazione: ma l'intimazione pura e semplice di una sentenza del consiglio non conteneva un mandato. Così nel rito attuale il precetto preventivo può ben dirsi un'intimazione: ma la intimazion di una sentenza è tutt'altra cosa che un precetto preventivo. Checchè

(16) Comment. jur. regni Neap. part. 1. lib. 3. cap. 5. num. 6. pag. 332.

(17) Ibidem.

però di ciò sia, il *mandato de parendo* somministra un nuovo appoggio alla tesi che sostengo - Poichè sarebbe assurdo il comandare ubbidienza a ciò che non avesse un' esistenza legale: e però questa esistenza dee necessariamente precedere la spedizion del mandato.

Da tutto ciò è manifesto che il non essersi intimata una sentenza del consiglio non offende in modo alcuno il suo vigore originario.

§. 5.

Se il pagamento del dazio imposto alla sentenza contribuiva a renderla valida.

Su la sentenza emanata dal sacro consiglio il mastro d' atti aveva il dritto di esigere un premio dalla parte vincente: e nel regolamento pubblicato nel 5 novembre 1642 dal presidente Marchesi era disposto espressamente sotto l' articolo 4, che anche prima di esigerlo dovesse far soscrivere la sentenza medesima dal consiglier commessario ed apporvi il *lecta lata*, di cui sopra si è discorso (18).

Di più nel 23 dicembre 1627 il re approvando

(18) Pragmat. 86 *de officio sacri regii consilii* num. 4. pag. 323 tom. 3.

la proposizione del vicerè duca d'Alba; consentì che su' decreti diffinitivi, i quali fossero posti in esecuzione, si pagasse l'uno e mezzo per 100, onde servire di aumento al soldo de' consiglieri. Tal dazio era conosciuto sotto il nome di *jus sententiae* (19).

Venne ancora rinnovato con altre prammatiche e specialmente con quella soscritta in Madrid nel 18 settembre 1684, e pubblicata in Napoli nel 19 aprile 1685 (20).

Ma nel 1737 la città di Napoli chiese fra le altre grazie a re Carlo III di gloriosa memoria la seguente. » Che il *jus sententiae* e le sportule si » paghino solamente per le sentenze diffinitive che » avranno avuta la loro esecuzione, a tenore del » capitolo 26 dell'anno 1717, e come si esprime » ancora nella prammatica 79 *de officio sacri regii* » *consilii*, e nella prammatica 21 §. 7 *de vecti-* » *galibus* «. A sì fatta petizione il sovrano rispose: *Comanda Sua Maestà che interinamente si serbi ciò che trovasi stabilito: dappoi si daranno le congrue provvidenze* (21).

Da queste disposizioni derivò la consuetudine

(19) Pragmat. 79 *de officio sacri regii consilii*. pag. 307. tomo 3.

(20) Pragmat. 29 de officialibus, nel §. *por real despacho* pag. 31. tom. 3. in f.

(21) Sorge Enucleat. juris tom. 8. cap. 21. num. 23.

costantemente praticata nel sacro consiglio, che compiuta la sentenza, la quale aveva ad eseguirsi, il mastro d'atti tassava il *jus* da pagarsi: e se ne faceva il pagamento, allorchè in realtà era stata eseguita - Così nella causa, di cui sopra si è detto, fra Prigisano e Cervone, vedesi nel processo tassato il *jus sententiae*, che poscia aveva a versarsi, quando la sentenza verrebbe posta ad effetto.

Adunque sì fatta tassa non solo presupponeva una sentenza esistente, ma una sentenza sì perfetta, come quella che può essere immediatamente eseguita.

§. 6.

Sunto de' precedenti paragrafi.

Secondo le cose anzi dette, una sentenza o decreto del sacro consiglio, perchè costasse legalmente, non d'altro aveva uopo, che di essere scritta e datata di mano del presidente ovvero del commessario ne' fogli bianchi del processo.

Ella avea tutta la forza, di cui era capace, quando pur non fosse trascritta nel libro delle sentenze, quando pur non fosse munita della clausola di *lecta lata*, e quando pur non fosse intimata alla parte soccombente.

Finalmente la trascrizione nel libro delle sentenze e la tassa del dritto che aveva a pagarsi ap-

presso l'esecuzione non solamente non necessitavano alla perfezion della sentenza, ma anzi la presupponevano bella e compiuta.

CAPITOLO II.

SU 'L MODO DI SPEDIRE CO 'L NUOVO RITO UNA SENTENZA IN *FOLIIS ALBIS* DEL SACRO CONSIGLIO.

Niuna legge positiva à stabilito questo modo. Intanto era detto nell'articolo 4.° del codice civile francese, siccome è ora detto nel nostro » Se un » giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di » silenzio, oscurità, o difetto della legge, si po» trà agire contro di lui come colpevole di dene» gata giustizia «. È forza dunque risolvere la quistione proposta, applicandole quella fra le disposizioni di dritto, la quale abbia con essa una maggiore analogia.

A tal uopo si osservi che una sentenza in *foliis albis* del sacro consiglio, o sia una sentenza e scritta e datata di mano del commessario potea dirsi perfetta sotto il rito, in cui nacque, in quanto alla disposizione - Ma in quanto alla esecuzione, siccome viene regolata dal rito presente, mancava di cose cotanto essenziali, quanto il sono la intestazione del sovrano regnante, ed il *comandiamo* e l'*ordiniamo :* in somma delle solennità, le quali sono

richieste dall' articolo 239 delle leggi di procedura civile. Sotto questa relazione, o sia sotto la veduta della forma esecutoria, potea dunque chiamarsi un *atto imperfetto*.

Ora è detto nell'artic. 924 delle medesime leggi com' era detto nell'articolo 841 del codice di procedura francese. » La parte che vuole ottener co-
» pia di un atto non registrato, o anche rimasto im-
» perfetto, presenterà la sua dimanda al presiden-
» te del tribunal civile, salva la esecuzione delle
» leggi e regolamenti che riguardano la registra-
» zione «.

Posto ciò, chi desidera di dar forma moderna ad una sentenza rimasta ne' fogli bianchi del processo dal sacro regio consiglio, non può ad altri dirigersi che al presidente del tribunal civile - Tanto più debbe a lui volgersi, quanto che la legge gli confida pur l'autorità di ordinare una seconda spedizione di una sentenza spedita: e par che quindi a lui conceda la giuridizione ordinaria per la redazion delle sentenze.

Così questo magistrato senza uscire da' limiti del proprio potere, darà fuori ordinanza, con la quale prescriverà, che la sentenza del consiglio sia munita delle forme del rito attuale: e ciò vuol dire che in fronte le sarà posto il nome del monarca imperante, ed in piedi il precetto di dar mano

forte alla sua esecuzione. Si aggiungerà l'ordinanza, da cui questa redazione è stata autorizzata, perchè apparisca legittima la transizione dall'antica alla nuova figura. In questa maniera non le mancherà cosa alcuna, perchè sia posta ad effetto.

Tal è appunto il metodo che ò veduto praticarsi nella causa anzi detta fra Prigisano e Cervone - Perciocchè il presidente del tribunale civile, dappoi che ebbe verificato per mezzo del direttor generale del grande archivio del regno che la sentenza era scritta ne' fogli bianchi del processo di mano del commessario consigliere Parisi; che era registrata nel libro delle sentenze; e che finalmente su di essa erasi tassato il *jus sententiae* a duc. 46. 92; ordinò che fosse redatta, secondo il rito moderno - Nè obbliò di prescrivere che a questa redazione venisse inserita la sua ordinanza.

Forse alcuno potrà credere, che quest' ultima formalità non sia punto necessaria - Poichè è scritto nell' articolo 925 » Il rilascio della copia, se vi » è luogo, sarà fatto in esecuzione della ordinan- » za trascritta in piè della dimanda: e ne sarà fatta » menzione a piè della copia rilasciata «. Ma senza punto esaminare, se questo altro articolo sia strettamente applicabile al caso attuale, sarà bastante il riflettere, che l'inserir l'ordinanza è fare ancor più che il solo mentovarla. Or le cautele

sovrabbondanti non viziano le scritture (22). Di più la semplice menzione rende necessario il vedere l'originale dell'atto, a cui si riferisce. E non è egli più comodo l'aver sotto l'occhio lo stesso atto in esteso, e così esser dispensato dalla necessità e dalla pena di ricercarlo altrove?

CAPITOLO III.

SE CHI APPELLA DI UNA SENTENZA PASSATA DALLE FORME ANTICHE ALLE NUOVE, LA RICONOSCE ESISTENTE.

I. Sotto l'antica legislazione non di tutte le sentenze che recavan pregiudizio, era uopo appellare, ma solamente di quelle che non offendeano direttamente una disposizione chiara di dritto (23). Per esempio, una sentenza che opponeasi ad un'altra passata in giudicato, era nulla in se stessa: e volendosi eseguirla, sì fatta nullità potea farsi valere senza averne ricorso al giudice superiore (24).

(22) Non solent quae abundant vitiare scripturas. *L. 94. ff. de reg. jur.*

(23) Vedete l'intero titolo del codice *quando provocare non est necesse.*

(24) Latam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius judicatas, a quibus

Eran destinati più giudici per diffinire una causa: ed in vece la diffiniva un solo di essi - La sua sentenza non avea forza, e cadea senz'appello (25) - Il preside della provincia nel destinare un giudice, gl'ingiungea di decidere in un giorno determinato - Se costui decideva in altro giorno, la sua sentenza era nulla, senza che a farla rivocare occorresse l'appello (26). Questi e molti altri casi sono noverati nel codice sotto il notissimo titolo: *quando provocare non est necesse*.

Or con l'articolo 3 del decreto del 4 marzo 1809 fu disposto il seguente » Nelle cause già decise » da' tribunali superiori della capitale . . . . sarà » permesso alle parti di far uso de' gravami che » l'antico rito concedeva. L'esame de' medesimi si » farà da' rispettivi tribunali di appello competenti » *co 'l rito antico* «.

Premesse queste cose, si finga, che la sentenza *in foliis albis* del sacro regio consiglio sia per mancanza del *lecta lata*, sia per altro motivo fosse in modo difettosa, da doversi riputare siccome non

provocatum non est, lata sit - Cujus rei probationem si promptam habetis, *etiam citra provocationis adminiculum*, quod ita pronuntiatum est, sententiae auctoritatem non obtinebit. L. 1. cod. *quando provocare non est necesse*.

(25) L. 4. eodem.

(26) L. 6. eodem.

avvenuta, siccome non esistente. Chi volesse rimuoverla, di qual mezzo legale dovrebbe avvalersi, a' termini del dritto antico? Potrebbe instituire un'azione di nullità davanti il tribunal civile, e richiedergli che dichiarasse di non esservi sentenza. Potrebbe limitarsi ad appellare dell'ordinanza del presidente, come quella che à rivestita delle forme moderne una sentenza in se nulla - Ricevendo in virtù di essa un precetto preventivo; potrebbe fargli opposizione per lo motivo medesimo - Ma se in vece suppone la sentenza emanata; e se contro di essa produce un appello; già la riconosce esistente, già perde il dritto di dire, che si debba considerarla siccome non avvenuta.

II. È regola fondamentale del dritto moderno che la controversia abbia a passare per due gradi di giuridizione - Al presente essi stanno presso una magistratura inferiore ed un' altra superiore: sotto il rito antico li riuniva il sacro regio consiglio - Poichè poteva esaminare in prima ed in seconda istanza la quistione medesima - Lo stesso avveravasi nella regia camera della sommaria. Il mezzo, per cui si passa dall'uno all'altro grado, era ed è il ricorso della parte soccombente. Supposto adunque che alcuno produca un appello contro una sentenza *in foliis albis* del sacro consiglio; confessa implicitamente, che il primo grado di giuridizione in quanto alla controversia principale è

già stato superato - Non può dunque più supporre, che quella sentenza medesima, con cui ciò si è operato, sia inesistente.

III. L'appello è una doglianza, la quale viene proposta contro una sentenza che offende, e che viene riputata irregolare od ingiusta - In altri termini è un reclamo contro ciò che si è fatto in prima istanza - Ma se in fine si crede che nulla si è fatto, che non vi è una sentenza, che la pronunziazione supposta dalla parte contraria non costa legalmente : a che mai si emette un appello? Può egli appellarsi del nulla? Il solo atto di appellare è dunque una tacita, ma concludente ammessione della realtà della sentenza.

CAPITOLO IV.

SE PRONUNZIANDOSI LA PERENZIONE DI UN APPELLO PRODOTTO SOTTO IL NUOVO RITO CONTRO UN' ANTICA SENTENZA DEL SACRO CONSIGLIO, CHE DA UNA DELLE PARTI È DETTA INESISTENTE, E MALAMENTE SPEDITA ED INTIMATA, SI POSSA, ESCLUSE QUESTE ECCEZIONI, DICHIARARLA TRASCORSA IN COSA GIUDICATA, E PRESCRIVERNE L' ESECUZIONE.

§. 1.

Divisione della controversia.

Certamente l' articolo 533 delle leggi di procedura dichiara, che » la perenzione in causa di » appello darà forza di cosa giudicata alla sen» tenza appellata «: e tal' era pur anche l'espressa disposizione del codice di procedura francese. Ma sarà forse applicabile, allorchè l' appello si è prodotto contro una sentenza *in foliis albis* del sacro consiglio; sentenza spedita per ordinanza del presidente del tribunale civile, secondo le nuove forme, e debitamente intimata?

Per la risoluzione negativa, ecco ciò che si dice. La perenzione non fa altro che toglier di mezzo l' appello: e lascia dunque la sentenza nello stato, in cui trovasi. Che se trovasi fornita di esistenza

legale; se fu davvantaggio debitamente intimata; e se fra il termine di 3 mesi fu attaccata da appello; ella dopo il triennio si trova già scorsa in cosa giudicata. Allora dunque è applicabile l' art. 533 delle leggi di procedura civile - Ma se per dritto non esiste; se non è documentata ne' modi legittimi; se non fu validamente intimata; la perenzione toglie l' appello che già è stato prodotto, senza toglicre il dritto di far valere in altra guisa sì fatte eccezioni. Nel caso avveratosi tra Prigisano e Cervone metteasi in dubbio, se la sentenza *in foliis albis* del sacro consiglio non munita del *lecta luta* e non intimata giammai sotto l' antico rito, avesse o pur no un' esistenza legale. Metteasi in dubbio, se fosse stata regolarmente rivestita delle nuove forme per ordinanza del presidente, e se quindi fosse stata regolarmente intimata - Che anzi avendosi per nullo tutto ciò che si era fatto dalla parte vincitrice; se ne traeva la conseguenza di non esservi giudicato, e di non potersi l'articolo 533 giustamente applicare.

Alla gran corte civile per l'opposto era sembrato, che la sentenza emanata dal sacro regio consiglio costasse legalmente; che fosse stata ben redatta per ordinanza del presidente nelle forme del nuovo rito, e bene intimata; e che in ogni caso il soccombente avendo egli stesso prodotto l'appello, erasi spontaneamente soggettato al pericolo di

vederlo perento per lo silenzio triennale, e di sentir dichiarare il passaggio della sentenza in cosa giudicata.

La corte suprema di giustizia non mostrossi soddisfatta di queste ragioni. Ella al contrario credette, che esaurito il giudizio della perenzion dell'appello, si potesse ancora indagare, se la sentenza pronunziata dal sacro consiglio fosse o no esistente nel senso legale; e se gli atti che la seguirono sotto il nuovo rito, fossero o no degni di venire approvati. Furon questi i motivi, per gli quali ammise il ricorso contro la dichiarazion del giudicato, e l'ordine di esecuzione.

Or ne'capi precedenti ò già espresso il mio parere su'l maggior numero delle cose, in cui la corte suprema à discordato dalle camere della gran corte civile. Due sole quistioni che non per anche ò discusse, formeranno il soggetto del presente capitolo.

La prima è, se una gran corte ch'è chiamata a decidere su la perenzion di un appello prodotto sotto il nuovo rito contro un'antica sentenza del sacro regio consiglio, possa dichiarare inammessibile o rigettare nel merito l'eccezione che si cava dalla pretesa inesistenza legale di questa sentenza medesima, ed ordinarne l'esecuzione; o pur debba rinviare l'eccezione indicata ad altro giudizio.

La seconda è, se risultando che si fatta senten-

za non sia stata nè spedita, nè intimata ne' modi legali, si possa nondimeno dichiararla trascorsa in cosa giudicata e prescriverne l'esecuzione, allorchè l'appello che la impugnava, si dichiara perento.

§. 2.

Se il giudice che dichiara un appello perento, mentre negasi dall' appellante l'esistenza legale della sentenza appellata, possa dichiararla scorsa in cosa giudicata, ed ordinarne l' esecuzione.

Coloro che si attengono alla risoluzione negativa, fanno uso presso a poco di questo argomento. Nel giudizio di perenzione (essi dicono) null' altro si esamina, che il decorso di tre anni da che si è prodotto l'appello, e la perfetta inazione, in cui è stato l' appellante. Dove questi due dati si trovino sussistenti; non può il giudice astenersi dal dichiarare la perenzione. Ma se intanto l' appellante à oppòsta l'inesistenza della sentenza impugnata; qual sarà mai il destino di questa eccezione? Si dee forse soffogarla senza farne l'esame? Questo espediente sarebbe del tutto opposto alla giustizia: e però si debbe alla parte far salvo il diritto di promuoverne la discussione in altro giudizio - È ben vero che l'articolo 533 delle leggi di procedura attacca alla perenzione l'effetto fatale

di far trascorrere la sentenza in cosa giudicata: e così pure è disposto nell'articolo 469 del codice di procedura francese - Ma da ciò null' altro deriva, che il non essere tali articoli applicabili al caso, di cui si ragiona.

Onde rispondere fondatamente a sì fatto raziocinio, io distinguo. Anzi che si producesse l' appello, si poteva o no dimandare con altra procedura, che la sentenza gravosa venisse dichiarata inesistente?

Nel caso affermativo, se chi poteva avvalersi di questo diritto, non à voluto profittarne, e si è in vece servito del mezzo dell' appello; si è volontariamente sottomesso a tutte le vicende, cui tale appello era esposto, e spezialmente a quella della perenzione con tutti i suoi effetti. Non può quindi cangiar modo, e ritornare al diritto che aveva abbandonato. Poichè è principio di legge, che scelta una fra due vie, non si dà all' altra regresso (27). Non solo adunque l' eccezione di essere inesistente la sentenza dee dichiararsi inammessibile nel giudizio di perenzione; ma non può essere riprodotta in altro giudizio. Si aggiunga che

(27) Eligere quis debet, qua actione experiatur . . . cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. *L. 9. §. 1. de tribut. act.*

Altera actione alteram tolli, Proculus ait. *L. 387. §. 1.* ff. pro socio.

se mai la sentenza impugnata fu emessa in un tempo, in cui potevasi pretendere, esser nulla per dritto; e ciò non ostante il soccombente l'à attaccata con appello; à chiaramente dimostrato che del mezzo di nullità non voleva far uso, e che riteneva la sentenza siccome esistente (28). Allora dunque si presenta una nuova ragione per istimare inammessibile ed incapace di risorgere l'eccezione della inesistenza.

Il caso negativo è quello che occorre sotto la nuova procedura. Poichè, siccome apparisce dall'articolo 537, tutti in generale i difetti di una sentenza de' primi giudici entrano nella materia del giudizio di appello: e possono autorizzare i giudici superiori a rivocarla (29). Ma se l'appello è perento; manca a costoro il potere di metterli a calcolo, manca la giuridizione. Quindi la sentenza diventa irrivocabile - Pur dunque in tal caso l'eccezione della inesistenza nè può essere ammessa

(28) Vedete il capo 3. di questa dissertazione.

(29) *Art. 537 delle ll. di proced. civ.* Essendo interposto l'appello da una sentenza provvisionale, o sopra domande provvisionali, se avviene che questa sia rivocata, e la causa si trovi in istato di essere diffinitivamente decisa, le gran corti dovranno nel tempo stesso profferir diffinitivamente su 'l merito per mezzo di una sola e medesima sentenza.

La stessa disposizione avrà luogo, quando per vizii di forma, o per QUALUNQUE ALTRO MOTIVO le gran corti civili rivocheranno qualche sentenza diffinitiva.

nel giudizio di perenzione, nè può essere riserbata, siccome quella ch' è estinta, ad altro giudizio.

Adunque in entrambi i casi il giudice della perenzione in causa di appello dee dichiarare inammessibile sì fatta eccezione: ed in entrambi si attiene alla più rigorosa giustizia, allorchè nella sentenza riconosce un giudicato, e ne ordina l'esecuzione.

E come mai potrebbe giustificarsi in faccia alla legge, se tenesse altra condotta? L' articolo 533 della nostra procedura, o sia il 469 del codice francese attacca generalmente alla perenzione l' effetto di convertir la sentenza in cosa giudicata - Ei non distingue in verun modo, se così fatta sentenza sia o no impugnata da alcuna delle parti con la eccezione della inesistenza. Non sarebbe il magistrato manifestamente riprensibile, se introducesse egli il primo sì fatta distinzione (30)? Il sarebbe, quando ancora non si vedesse motivo, per lo quale il legislatore à data alla disposizione una forma generale: poichè non di tutte le cose, le quali sono stabilite ne' codici antichi o moderni

(30) *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* è l' adagio forense: ed i giuristi il ricavano dalla *L.* 147. *ff. de reg. jur.*; dalla *L.* 1. §. 3. *ff. de aleatoribus*; dalla *L.* 3. *ff. de officio* praetoris; dalla *L.* 9. *cod. de heredit. vel actione vendita*, e da altri molti testi.

apparisce la ragione (31): e basta che sia nota la volontà di colui, il quale poteva prescriverle, perchè si debba mandarla scrupolosamente ad effetto. Si afforza l' argomento, allorchè la ragione, per la quale il legislatore non à eccettuato alcun caso, può dirsi manifesta: e tale appunto può dirsi nel caso attuale - Poichè dimostrato una volta che la difficoltà tratta dalla pretesa inesistenza della sentenza appellata nè può impedire la perenzione, nè può riprodursi nel seguito; a che mai dalla legge sarebbe stata rinviata ad altro giudizio? Se avesse ciò fatto, ella avrebbe violato quel solenne principio dell' imperadore Zenone: *tutti i magistrati e giudici imperiali decidano compendiosamente le liti* (32). Non sarebbe stato di certo un bel modo di compendio l' obbligare l' appellato senza necessità alcuna a dover prima combattere per la perenzion dell' appello, e poscia per lo passaggio in cosa giudicata e per la esecuzion della sentenza.

(31) Non omnium, quae a majoribus nostris constituta sunt, ratio reddi potest: et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae constituta sunt, subvertuntur. *L. 20 et 21 ff. de legibus.*

(32) Omnes magistratus et divini judices compendiose lites decidant. *L. 12 cod. de judiciis.*

§. 2.

Continuazione : sviluppo di una teorica del professore Carrè.

La quistione ch' ei risolve, è da lui annunziata ne' termini seguenti » Vi sarebbe egli luogo a far » dritto alla dimanda di perenzione, se mai fosse » dimostrato, che la sentenza non può esistere, » perchè, ad esempio, la legge abbia annullata » ogn' istanza ed ogni sentenza nella materia, cui » si rapportasse colui, il quale è stato attaccato » in via di appello? « O' tradotto alla lettera il testo francese, perchè meglio apparisse l'intenzion dell' autore.

L' occasione di tal quesito fu una sentenza che diceasi pronunziata su di un territorio comunale, che si pretendeva usurpato dalla prepotenza del feudatario. Si sa che le leggi della rivoluzione aveano dichiarate estinte le istanze relative a simili oggetti: e però si pretendeva che la dimanda di perenzione, siccome frustatoria, non potesse essere accolta: *poichè la sentenza dovendosi riputare, siccome non avvenuta, non poteva ricevere l' autorità della cosa giudicata risultante dalla perenzione.*

Il Carrè incomincia dal notare, che *la dimanda di perenzione è diversa essenzialmente da quella che*

à introdotta l' istanza, la quale si pretende perenta: e conforta un tal principio con un arresto emanato dalla corte di cassazione nel 5 gennajo 1818, e riferito dal Sirey. Da ciò ricava che » nell' i-
» stanza di perenzione non si può agitare alcuna
» controversia relativa all'istanza che si pretende
» perenta: poichè altrimenti si confonderebbero
» due oggetti e due cause di dimandare essenzial-
» mente distinte, indipendenti l'una dall'altra, ed
» appartenenti a due istanze diverse «.

Ancor meglio sviluppando il suo intendimento, l' autore sostiene, non potersi agitare nella causa di perenzione, se non queste cose. L'attore in tal causa » à egli validamente formata ed intimata la
» sua dimanda? Il decorso del tempo fissato dalla
» legge à egli avuto luogo senza alcuna procedu-
» ra? La perenzione è stata o no coperta da atti
» valevoli? Si sarà ella forse prematuramente di-
» mandata? Ogni fine di non ricevere (così egli
» conchiude) il quale non si riferisca ad uno di
» questi oggetti, e che tenda a respingere la di-
» manda introduttiva del processo perento, non
» può, per quanto sia ben fondato, riceversi. *Il*
» *giudice non debbe occuparsi de' risultamenti* (33) «.

Potrebbe alcuno pensare, essere opinione del

(33) Carrè les loix de la procédure civile sur l' article 469, num. 1690, vol. 3. pag. 459 a 460, Bruxelles 1825.

Carrè, che dopo essersi dichiarata la perenzion dell' appello, sia ancor libero alle parti l'agitar la quistione relativa all' esistenza della sentenza appellata: e questo appunto è il parere ch' è stato manifestato dalla corte suprema nella causa di Prigisano - Ma tutta opposta è la sentenza dello scrittore Francese - Egli crede che la quistion dell'esistenza, tuttochè non agitata nel fondo, rimanga assorbita dalla dichiarata perenzione. Di fatti egli scrive che » in causa di appello in vano si so» sterrebbe con de' mezzi relativi al fondo che la » sentenza attaccata non possa confermarsi; che » ella sia annientata, o per esser prescritta l'azio» ne, su la quale pronunzia, o per altro motivo. » In tutti questi casi il giudice dee pronunziar la » perenzione, e non dee punto inquietarsi dell'ef» fetto che ella à di attribuire alla sentenza la virtù » di cosa giudicata. *Poichè non egli, ma la legge » pronunzia questo effetto (34)* «.

Quanto a me, non ò dubbio che tutti i mezzi di difesa, de' quali il soccombente poteva avvalersi o per ottenere una sentenza diversa da quella, di cui poscia à appellato, o per farla rivocare, modificare od annullare da' giudici superiori per qual siasi motivo di forma o di merito, sieno talmente

(34) Carrè *loc. cit.*

estranei al giudizio di perenzione, che possano e debbano dichiararsi *irricettibili* ovvero inammessibili. Ma se io non interpetro soverchiamente alla lettera il sentimento del Carrè; sembra ch'ei creda, doversi il giudice limitare a dichiarar perento l'appello, e dovere del tutto abbandonare alla legge l'effetto della perenzione, o sia il passaggio della sentenza in cosa giudicata. Per contrario io opino, come sopra ò già detto, doversi pronunziare sì fatto passaggio, ed in conseguenza prescrivere l'esecuzion della sentenza - Poichè in primo luogo non vedo ragione di dissimulare l'effetto, che il testo della legge attribuisce alla perenzione, ed in somma di esser muto ov' ella è loquace. Per secondo la reticenza potrebbe incoraggire la parte soccombente a de' nuovi tentativi: e l'economia del magistrato gl' impone il dovere di prevenire le liti. Tanto è lungi che in vece lo autorizzi a seminarle! Per terzo il fine di colui che dimanda la perenzione è quello di far dichiarare che la sentenza a se propizia è divenuta un giudicato; e che omai senza ostacolo può mandarla ad effetto - Essendo questa domanda manifestamente poggiata su'l testo della legge; non può essere per certo nè trascurata, nè respinta. Poichè il giudice viola egualmente i suoi obblighi, e se egli non risponde a tutte le dimande delle parti, e se

risponde in un modo contrario alla legge (35). Finalmente allorchè il giudice chiarisce il giudicato, ed ordina l' esecuzione; non proclama la giustizia o la ritualità della sentenza, ma proclama l'effetto della perenzion dell'appello. Che se la prima cosa non gli viene permessa per essere svanito il reclamo che glie ne dava il diritto; la seconda gli viene non solamente permessa, ma prescritta dall'articolo 533 delle leggi di procedura.

§. 3.

Se la perenzion dell' appello importi il passaggio della sentenza pur male intimata e male spedita in cosa giudicata.

I. Il primo argomento che sostiene la risoluzione affermativa, è posto nel principio di non doversi distinguere ciò che la legge non distingue (36) - Or l' articolo 533 delle leggi di procedura generalmente dichiara, che » la perenzio» ne in causa di appello darà forza di cosa giu» dicata alla sentenza appellata «. Nè in verun

(35) *L. 18 ff. comm. dividund. et* Gotofredus *ad hanc* legem.

Argom. dell' artic. 233 delle ll. di proced. civ.

(36) Vedete la nota 30 di questa memoria.

modo distingue, se questa per avventura sia stata o no intimata alla parte soccombente - Una tale distinzione non può dunque introdursi senza una fondata imputazione di arbitrio.

II. E per secondo argomento si osservi, di grazia, la virtù di quelle parole : *la perenzione darà forza di cosa giudicata alla sentenza*. Il giudicato non parte dal decorso de' termini, in cui si sarebbe potuto reiterare l' appello. Prende forza, prende origine dalla stessa perenzione. Sol perchè quell' appello ch' era stato prodotto, è perento ; s' imprime su la sentenza il marchio del giudicato. Non è dunque permesso l' andar oltre indagando, se la sentenza appellata sia di nuovo appellabile. Poichè dalla perenzione emana quel giudicato, il quale chiude l' adito ad ogni altra ricerca.

III. Non è da credere che le parole, delle quali io sviluppava la significazione immediata, sien figlie della disattenzione e della leggerezza - Perciocchè sarebbe indecente l' imputar questi vizii al sovrano legislatore - Sarebbe anche ingiusto - Perchè in fatti egli à infusa alla perenzion dell' appello la forza di convertire la sentenza de' primi giudici in cosa giudicata ? Se v' à chi possa istruircene, è Bigot de Préameneu, il quale venne incaricato di manifestare i motivi della legge relativa all' oggetto in proposito » Allorchè (dic' egli) vi è

» perenzione in appello ; vi è presunzione che la » parte condannata , per la sua lunga inazione , » abbia rinunziato all' appello : e perciò la sen- » tenza proferita in prima istanza acquista forza » di cosa giudicata «. In altri termini il soccombente produsse un reclamo contro questa sentenza: e ciò vuol dire, che se ne dolse, che l' accusò di essere ingiusta - Punto non curando di farlo discutere, la legge presume, che abbia rinunziato alla doglianza, che abbia ritrattata l' accusa - Ciò vuol dire in altri termini che di quella sentenza si è dichiarato omai contento ; che si è ad essa acquetato. E dopo avere ciò fatto , come mai egli potrebbe appellarne di nuovo ? Non sarebbe forse curioso che avesse rinunziato ad un appello per emetterne un altro ?

IV. So che il tribuno Albisson nel dar conto dell' artic. 469 del cod. di procedura, il quale è divenuto il 533 del nostro, ne assegna per motivo il decorso de' termini a produrre l'appello - Ma non faceva egli parte del corpo legislativo : ma non avea cooperato alla redazion dell'articolo: e dovea quindi saperne meno , che il consigliere Bigot , il quale avea contribuito a formarlo.

V. Nella supposizione contraria a quella che difendo, l'articolo 533 sarebbe del tutto inutile - Di fatti nell' articolo 494 il legislatore dichiara, che *la perenzione non estingue l'azione* , *ma estin-*

gue la sola procedura. Nell' articolo 507 ei soggiunge, che il termine ad appellare è di tre mesi dal giorno, in cui la sentenza è stata intimata - Da queste disposizioni necessariamente risultava, che se era stata intimata da più che tre mesi, allorchè si pronunziava la perenzion dell' appello; ella non essendo ulteriormente appellabile, assumeva il carattere di cosa giudicata - A che dunque l'articolo 533 sarebbesi scritto? Non per aggiunger cosa alcuna a quelle già disposte, ma per renderle oscure, incerte ed equivoche. Fa pena il vedere, che al legislatore s'imputi una sì grande incongruenza.

VI. Coloro che opinano in senso contrario, intendono l'articolo 533 nel modo medesimo, in cui l' intenderebbero, se fosse così scritto » La pe- » renzione in causa di appello darà forza di cosa » giudicata alla sentenza appellata, *purchè questa* » *si trovi intimata da più che tre mesi* «. È dunque uopo che suppongano due cose stranissime - La prima è che il legislatore nella redazion dell'articolo abbia omesso di esprimere la condizione essenziale, alla quale appoggiava la sua disposizione - La seconda è che l' interpetre possa aggiungere al testo non una o due parole, ma due o tre righe per fargli significare ciò che gli sembra migliore: la quale facoltà, se mai venisse accordata, io non so qual disposizione potrebbe dirsi sicura. Ma udiamo le obbjezioni.

VII. Si allega in prima l'articolo 494 poc'anzi citato, o sia quello, in cui si dice, che la *perenzione non estingue l'azione*, *ma la sola procedura* - È però facile rispondere, esser questa una disposizione per gli tribunali civili : e che non sia applicabile a' giudizii di appello, può dimostrarsi a questo modo - Il titolo su l'appello a' 26 articoli, de' quali appunto l'ultimo è il 533, che inspira alla perenzione in causa di appello la virtù di produrre il giudicato: Segue l'articolo 534 » Le » altre regole stabilite pe' tribunali civili saranno » osservate nelle gran corti civili e ne' tribunali » di appello «. Quali adunque son le regole de' tribunali civili che rimangono comuni alle stesse gran corti? Quelle che riguardano gli oggetti non contemplati negli articoli precedenti al 534 : e fra i precedenti è compreso il 533 che somministra una regola interamente contraria a quella dell'art. 494.

VIII. Si objjetta in secondo luogo l'articolo 513 - In esso è vietato di produrre l'appello fra gli otto giorni da quello, in cui si pronunzia la sentenza: e si aggiunge che » interposto, durante questo » termine, sarà dichiarato inammessibile - Ma se » per anche il termine non è spirato; l'appellante » avrà il diritto di reiterarlo «. In questo caso l'appellante è stato sì irritato dalla sentenza contraria, che non à voluto aspettare il termine di otto giorni per produrre l'appello. Durante ancora

il suo scontento per la pronunziazione de' primi giudici, egli sente dichiarare il suo reclamo inammessibile, perchè prematuro - Ma ciò avviene nel concorso di due circostanze: e sono il non essersi giammai acquetato alla sentenza de' primi giudici, e l'essere ancora aperto il termine ad interporre l'appello. Qual difficoltà potrebbe opporsi alla facoltà di rinnovarlo? Ma tutt' altro si avverá nel caso della perenzione. Poichè la legge presume che con la inazione triennale l'appellante siasi acquetato alla sentenza contraria: e quindi risulta che si à precluso il diritto di produrre un altro appello: Se non incontra alcun ostacolo dalla parte del termine che non è per anche spirato; ne incontra un altro fortissimo nell' acquiescenza presunta.

IX. Ma ecco l'obbjezione, la quale costituisce il più vantato baloardo dell'opinione contraria - Se malgrado (si dice) la pendenza del termine, quegli, il cui appello si è dichiarato perento, non può reiterare il reclamo; ne segue che egli co 'l produrlo la prima volta à tolta a se stesso la facoltà di ripeterlo nel termine utile - Ciò intanto non può essere per lo noto principio che *niuno può mettere se medesimo in mora* - Io però non iscorgo in tutto questo discorso che un abuso di voci. Il mettere in mora null' altro significa che interpellare taluno a far qualche cosa: poichè, secondo il principio del diritto romano, *nulla in-*

telligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est (37): la qual cosa non ammette eccezione, se non quando per contratto o disposizione di legge *dies interpellat pro homine* - Quindi se il mio avversario non m' intima la sentenza; non mi mette giammai in mora di produrre l'appello, e non apre a mio danno il termine a produrlo - Per contrario io non potendo interpellare me stesso, non posso mettermi in mora: e però se intimo la sentenza al mio competitore, non mi tolgo il vantaggio di aspettare l' intimazione che egli me ne faccia, per poi fra i tre mesi interporre l' appello - In somma la mia mora è una passività risultante dall' azione di lui, e che sarebbe impossibile il cagionare a me stesso - Posto ciò, se io dicessi che il mio avversario, interponendo l' appello, à dato principio al decorso de' tre mesi; se dicessi che un tal periodo essendo esaurito, allorchè si pronunzia su la dimanda di perenzione, debba quindi la sentenza dichiararsi trascorsa in cosa giudicata; io farei un argomento evidentemente vizioso - Ma io dico tutt' altro. Io dico che l'appellante essendo stato nella inazione per lo corso di tre anni; dee ritenersi che abbia rinunziato al reclamo, e perciò siasi acquetato alla sentenza contraria - Una tale acquiescenza non à nulla a fare con la mora: e può es-

(37) L. 127. ff. de verb. obligat.

ser costituita da un atto mio proprio e del tutto indipendente da un' interpellazione straniera - Di fatti se intimo la sentenza senza protesta di appellarne ; l' articolo 507 delle leggi di procedura implicitamente ritiene che io l'abbia accettata - Può questa accettazione veramente risolversi, dove l'avversario produca l'appello principale : e posso allora proporre un appello incidente - Ma se egli non deduce alcuna doglianza ; la sentenza si converte per la sola mia opera in cosa giudicata. Nè più mi è conceduto l' avvalermi del beneficio del termine di tre mesi - Lo stesso avviene nel caso, che dopo aver prodotto appello io mi taccia per tre anni - Perdo allora la facoltà di ulteriormente appellare non per lo decorso del termine, che per non essersi intimata la sentenza non si è aperto giammai, ma per la presunta acquiescenza, che con tale intimazione non à alcun legame, e che sussiste per se stessa e per le propric sue forze.

Conchiudo quindi con fiducia che se una sentenza legalmente emanata o non fosse spedita ne' modi legali, o non fosse intimata, o no 'l fosse regolarmente; la perenzion dell' appello, che contro di essa fosse stato prodotto, la convertirebbe mai sempre in cosa giudicata.

§. 4.

Continuazione : autorità degli scrittori.

La quistione discussa nel precedente paragrafo, tuttochè interessante, si vede o pretermessa o leggermente trattata dalla maggior parte de' pratici, e spezialmente degli antichi - Al presente però sempre che la soluzione da me data sia quella, in cui concorrono i maggiori giureconsulti.

I. Osserva in vero il Pothier, che *non essendovi intimazione; si può appellare per 30 anni dalla data della sentenza* - Nondimeno dice più appresso » L'effetto della perenzione della istanza » di appello importa la conferma della sentenza » appellata. Perciò su la dimanda di perenzione » debbe il giudice pronunziare perenta l' istanza, » e conseguentemente ordinare, che la sentenza, » di cui è appello, venga eseguita - *L'appellan-* » *te* (ei dice appresso) *non può interporre un* » *nuovo appello* (38).

II. L' insegnamento medesimo ci fornisce il Pigeau » Avvi un caso, in cui la perenzione estin- » gue l' azione medesima : ed è qualora verte so- » pra una causa di appello, dando al decreto,

(38) Pothier trattato di procedura civ. part. 3. sez. 1, artic. 5.

» di cui è stato appellato, la forza di cosa giu-
» dicata - *L'appellante che l' à lasciata pronun-*
» *ziare, non può dunque rinnovare il suo appel-*
» *lo* (39).

III. Parimente scrive il Rogron » Il legislato-
» re à veduta nella perenzione un'acquiescenza ta-
» cita alla sentenza di prima istanza - Egli à pen-
» sato che la parte, la quale à fatto perimere il
» suo appello, aveva avuta una cognizion perfet-
» tissima della sentenza, come se fosse stata in-
» timata, perchè ella ne appellasse: e però egli
» à creduto, *non esservi alcuna ragion di distin-*
» *guere in quanto agli effetti della perenzione* (40).

IV. Ma più chiaramente il Thomine » La pe-
» renzione à per effetto il dare alla sentenza, di
» cui è appello, l'autorità della cosa giudicata -
» È questa meno una deroga, che una conferma
» del principio generale. Imperciocchè ogni peren-
» zione annienta la istanza. Ora essendo perenta
» la istanza di un appello; ne risulta necessaria-
» mente, che la prima sentenza debba ricevere il
» suo effetto. Questo articolo è stato aggiunto alle
» regole precedenti per dichiarare, che non sa-
» rebbe permesso interporre un secondo appello,

(39) Pigeau proced. civ. tom. 3. pag. 127 in fine, Firenze 1809.

(40) Rogron su l'artic. 469.

» pur quando la sentenza di prima istanza non
» fosse stata notificata al domicilio - In tal caso
» la facoltà di appellare è stata distrutta per opera
» dell' appellante, il quale à lasciato decorrere
» contro di lui la perenzione - Egli non debb' es-
» sere ammesso a reclamare una seconda volta il
» soccorso dell' appello, di cui à trascurato di
» profittare. La sentenza dunque acquisterà contro
» di lui l' autorità della cosa giudicata, come se
» si fosse emessa una decision di conferma (41).

V. I sig. Teulet, d' Auvilliers e Sulpicy esprimon con la loro usata precisione la medesima teorica » La perenzione di un' istanza di appello » pronunziata da una decisione è di ostacolo a » poter interporre un secondo appello, su 'l mo- » tivo che la sentenza del tribunale di prima istan- » za non sia stata intimata, e che i termini di » appellare non corrono, se non dalla data della » intimazion della sentenza. Vedi il giornale del » palazzo, decisione del 19 gennajo 1816 della » corte di appello di Tolosa; altra del 21 no- » vembre 1829 della corte di Lione; e Reynaud » nel trattato della perenzione num. 91 (42).

(41) Thomine su l' artic. 469.

(42) Les codes français annoté, part. 1. du code de procéd. civ., livre 2. tit. 22, §. 9 in fine, num. 415, pag. 122. Paris. 1843.

VI. Ma più estesamente che altri il **Boitard** stabilisce la verità che difendo » Dopo avere ricordate alcune idee preliminari, ei continua a questo modo » Una sentenza è stata renduta contro di » me in prima istanza nell' anno 1820 - Questa » sentenza non è stata intimata dal mio avversa- » rio - Io potrei non appellarne : ed il mio si- » lenzio non nuocerebbe punto al mio diritto di » appellarne in appresso: poichè l'intimazione non » essendosi a me fatta, il termine non corre - Ma » credendomi interessato ad appellarne immediata- » mente per non far perire le prove, che intendo » produrre in appello ; io precorro co'l mio ap- » pello all' intimazione che il mio avversario non » mi à fatta - In una parola io appello nel 1820 » della sentenza renduta a mio carico , ed a me » non per anche intimata - Questo appello essen- » dosi prodotto , io intermetto l' istanza : ed in » questa posizione trascorron tre anni - Il mio » avversario dimanda ed ottiene contro di me la » perenzione. Ecco adunque perenta la mia istanza » di appello: ed ecco il mio appello annientato - » La quistione è di sapere , se io possa rinno- » varlo. Si , io direi. Poichè quantunque tre an- » ni e più si trovino decorsi dal 1820 in poi ; » nondimeno questi tre anni non ànno indotta la » decadenza dal dritto di appellare. La ragione è » che la sentenza di prima istanza non mi è stata

» intimata : e secondo l'articolo 443, i tre mesi
» per appellare non corrono, che dal giorno della
» intimazione - Ma l'avversario mi risponderà con
» l'articolo 469 - È vero, mi dirà egli, che l'in-
» timazione non si è fatta ; e che i tre mesi non
» an potuto decorrere. È vero che se l'articolo
» 443 fosse solo ; e se voi non aveste appellato;
» voi sareste per anche in tempo ed in misura di
» appellare - Ma l'articolo 469 decide che la
» perenzione della istanza di appello essendo una
» volta pronunziata ; dà alla sentenza impugnata
» con appello la forza di cosa giudicata : e que-
» sto articolo precisamente non avrebbe alcun sen-
» so ; non avrebbe precisamente alcuna utilità; se
» non fosse per lo caso, in cui l'intimazion della
» sentenza non si fosse fatta dall' avversario. Ag-
» giungete che se questi si è astenuto da sì fatta
» intimazione; ciò è stato, perchè, vedendomi ap-
» pellare, à quindi conosciuto, esser io ben infor-
» mato e della istanza, e della sentenza, la quale
» io denunziava alla corte reale - In due parole mi
» sembra, che l' art. 469 abbia per effetto il to-
» gliere all'appellante che à lasciata perimer l'istan-
» za, la facoltà di rinnovare il suo appello non so-
» lamente, quando la sentenza gli è stata intimata,
» e quindi son decorsi i tre mesi , il che s' in-
» tendea senza dirlo, ma pur quando l'intimazione
» non gli è stata fatta , ed avendo egli volonta-

» riamente interposto l' appello , à lasciato dopo
» i tre anni pronunziare a suo carico la perenzio-
» ne, il che non correa senza dirlo, e non poteva
» dedursi che da un testo formale. In questo senso
» à giudicato la corte di Liegi nel 18 aprile 1826.

» Tal è, a mio avviso, il solo mezzo di dare
» un senso reale all' articolo 469 , che senza ciò
» si trova assolutamente inutile (43).

Non ò bisogno di dire, che questo corrisponde al 533 delle nostre leggi di procedura civile, come il 443 al 507.

§. 5.

Continuazione : decisioni de' tribunali.

I passi riferiti nel precedente paragrafo afforzano la tesi, per la quale sono scritti, con diverse decisioni de' tribunali francesi.

La prima, siccome à potuto notarsi, fu emessa nel 19 febbrajo 1816 dalla corte di Tolosa - Ella considerò che il non essersi intimata la sentenza non può togliere alla perenzione il suo effetto dichiarato in tutti i casi senz' alcuna eccezione dall' articolo 469 del codice di procedura (44).

La seconda è della corte di Lione: ed à la data

(43) Boitard sur l' art. 469.

(44) Journal du palais , tom. XIII. pag. 289.

del 29 novembre 1829. È tracciata precisamente su gli stessi principii (45).

La terza, di cui poc' anzi facea parola il Britard, è della corte di Liegi - Ella fu pronunziata nel 18 aprile 1826.

Fra noi la quistione à più volte ricevuta la risoluzione medesima.

Nel 24 febbrajo del 1840 la prima camera della gran corte civile, decidendo la causa fra Tagliavia e Ciccotti, dichiarò perento l'appello, e trascorsa la sentenza, benchè non intimata all'appellante, in cosa giudicata - Ella considerò che nell'articolo 533 la legge non distinguendo questo caso dagli altri, non potea distinguerlo il giudice.

Nel 7 dicembre 1840 la corte suprema di giustizia, su le conclusioni uniformi del pubblico ministero, rigettò il ricorso contro questa decisione - Ella disse che una volta contestato il giudizio in appello, va sottoposto alle regole della perenzione; e che non si può rianimarlo, mediante un secondo appello - Poichè le prescrizioni su 'l termine di appellare non posson rendere elusoria la perenzione.

Nel 18 novembre 1842 la stessa gran corte civile nella causa tra Ungaro e Boggiarese proclamò gli stessi principii.

(45) È citata dal Thomine nel passo su riferito.

Nel 21 novembre 1842 tornò a proclamarli tra la pubblica beneficenza di Forenza, Vigilante ed Aquilecchia.

Non dissimulò che nella causa tra Aurisicchio, Morvillo e Lentini tenne opposta sentenza: e considerò che l'articolo 533 era applicabile a' casi soliti, cioè a quelli, in cui la sentenza era stata intimata, ed il termine ad appellare si trovava decorso - Ciò importerebbe, se fosse vero due cose - La prima è che l'art. 533 è scritto per gli soli casi, ne' quali è totalmente inutile: la seconda è che il caso di un appello interposto contro una sentenza non intimata, il caso di cui si occupano tanti giureconsulti, e che si è tante volte presentato a' tribunali, è straordinario ed insolito. Una decisione di tal sorta non par fatta per ispingere indietro una giureprudenza sì innoltrata, e sì bene assistita da argomenti di dritto.